

Unierechtelijke verordening verplicht de staatssecretaris tot correctie van de subsidievaststelling

Citation for published version (APA):

van den Brink, J. E., & den Ouden, W. (2016). Unierechtelijke verordening verplicht de staatssecretaris tot correctie van de subsidievaststelling. *AB Rechtspraak Bestuursrecht (AB)*.

Document status and date:

Published: 01/01/2016

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Unierechtelijke verordening verplicht de staatssecretaris tot correctie van de subsidievaststelling. Gelet op deze verplichting en met een verordenin...

ABRvS 16-12-2015, ECLI:NL:RVS:2015:3882, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden

Instantie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Datum

16 december 2015

Magistraten

Mrs. C.J. Borman, K.J.M. Mortelmans, H.G. Sevenster

Zaaknummer

201111560/2/A2

Noot

J.E. van den Brink en W. den Ouden

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

EU-recht / Algemeen

Bestuursrecht algemeen / Algemeen

Bestuursrecht algemeen / Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Bestuursrecht algemeen / Besluit (algemeen)

Brondocumenten

ECLI:NL:RVS:2015:3882, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 16â€2â€2015

Wetgang

Art. 4:23, 4:49, 4:57 Awb; art. 25 lid 2 Beschikking van de Raad van 2 december 2004 tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2005-2010; art. 1 lid 2 Vo. 2988/95 inzake de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie; art. 53ter lid 2 aanhef onder c Vo. 1605/2002 houdende het financieel reglement.

Essentie

Een Unierechtelijke verordening verplicht de staatssecretaris tot correctie van de beschikking tot subsidievaststelling en terugvordering van teveel betaalde subsidiegelden. Gelet op deze verplichting en met een verordeningsconforme uitleg van art. 4:49 Awb was de staatssecretaris daartoe ook bevoegd. Beroep op het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel slaagt niet.

Samenvatting

Het voorgaande brengt de Afdeling tot het oordeel dat de staatssecretaris op grond van art. 53 ter, tweede lid, aanhef en onder c, van Verordening 1605/2002 gehouden was om in verband met de geconstateerde onregelmatigheid over te gaan tot correctie van de subsidie van SOMVAO. Gelet op deze verplichting en in het licht van het oordeel van het Hof van Justitie in het arrest van 13 maart 2008 (gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a., ECLI:EU:C:2008:165; het ESF-arrest) was de staatssecretaris, met toepassing van een verordeningsconforme uitleg van art. 4:49 van de Awb, bevoegd tot herziening van de reeds vastgestelde subsidie en terugvordering van de reeds betaalde bedragen van SOMVAO.

(...)

SOMVAO heeft in strijd met de voor haar kenbare verplichting over het voeren van een deugdelijke projectadministratie gehandeld (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 21 juni 2007, zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten, punt 25; ECLI:EU:C:2007:370). In aanmerking genomen de hiervoor, in 7.2 aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie is aldus sprake van een kennelijke schending van de regeling door SOMVAO (zie in dit verband punt 56 van het ESF-arrest). Hieraan doet niet af dat de staatssecretaris de subsidie aanvankelijk — voordat de controle in opdracht van de Commissie had plaatsgevonden — overeenkomstig de einddeclaratie van SOMVAO had vastgesteld, aangezien SOMVAO reeds ten tijde van de subsidieverlening bekend was met de voorwaarden over de te voeren administratie.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van: de vereniging Somalische Vereniging Amsterdam en Omstreken (hierna: SOMVAO), gevestigd te Amsterdam, appellante, tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 22 september 2011 in zaak nr. 10/3306 in het geding tussen:

SOMVAO

en

de minister voor Immigratie en Asiel (thans: de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie; hierna: de staatssecretaris).

Uitspraak

Procesverloop

Bij uitspraak van 20 november 2013 in zaak nr. 201111560/1/A2; hierna: de verwijzingsuitspraak) heeft de Afdeling het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op twee vragen, de behandeling van het hoger beroep van SOMVAO geschorst tot het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan en iedere verdere beslissing aangehouden.

Voor het procesverloop voorafgaande aan deze uitspraak wordt verwezen naar de verwijzingsuitspraak, die is aangehecht (niet opgenomen; *red.*)

Bij arrest van 18 december 2014 in zaak C-599/13, inzake SOMVAO tegen de staatssecretaris (ECLI:EU:C:2014:2462) heeft het Hof van Justitie de Afdeling geantwoord. Het arrest is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

SOMVAO en de staatssecretaris hebben, daartoe in de gelegenheid gesteld, een schriftelijke reactie gegeven.

Met toestemming van partijen is een nadere behandeling van de zaak ter zitting achterwege gebleven. De Afdeling heeft het onderzoek vervolgens gesloten.

Overwegingen

1.

In deze uitspraak zijn onder de staatssecretaris diens ambtsvoorgangers mede begrepen.

2.

Voor de weergave van de bepalingen die in deze zaak van toepassing zijn en voor de voor het geschil relevante feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de verwijzingsuitspraak.

3.

In opdracht van de Europese Commissie heeft bij SOMVAO een controle naar de rechtmatigheid van de bestedingen van de bijdragen uit het Europees Vluchtelingenfonds (hierna: het EVF) plaatsgevonden. De bevindingen van de controle zijn neergelegd in een controlerapport van 6 oktober 2009.

Het geschil spitst zich toe op de vraag of de staatssecretaris de aan SOMVAO verleende en reeds vastgestelde subsidie uit het EVF ten nadele van SOMVAO mocht wijzigen en van haar mocht terugvorderen. De aanleiding hiervoor vormde het controlerapport.

4.

De staatssecretaris heeft in het besluit van 12 november 2009, gehandhaafd bij besluit op bezwaar van 31 mei 2010, de bevoegdheid tot wijziging van het besluit tot subsidievaststelling gebaseerd op artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder a en b, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). De staatssecretaris heeft de inhoud van het controlerapport overgenomen en ten grondslag gelegd aan zijn besluit. Ten tijde van het besluit tot vaststelling van de subsidie van 27 juli 2007 beschikte de staatssecretaris nog niet over het controlerapport. Hij kon op dat moment dus redelijkerwijs niet op de hoogte zijn geweest van de in het controlerapport neergelegde bevindingen, aldus de staatssecretaris.

In de verwijzingsuitspraak heeft de Afdeling overwogen dat de staatssecretaris bij de subsidievaststelling er niet voor heeft gekozen de volledige projectadministratie te controleren, zodat een situatie als bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb zich hier niet voordoet. In die uitspraak is verder overwogen dat in het geval van SOMVAO wijziging van de subsidie op basis van de overige in artikel 4:49, eerste lid, genoemde grondslagen evenmin mogelijk is, zodat naar nationaal recht — zonder acht te slaan op het Unierecht — geen grondslag tot die wijziging en, als gevolg daarvan, tot terugvordering van de subsidie bestaat. De rechtbank is met juistheid tot dezelfde conclusie gekomen. Nu deze conclusie met zich brengt dat het besluit van 31 mei 2010 op een onjuiste grondslag is gebaseerd, heeft de rechtbank hierin ten

onrechte geen aanleiding gezien dit besluit te vernietigen.

5.

De Afdeling zal bezien of aanleiding bestaat met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb te bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit van 31 mei 2010 in stand blijven. Hiertoe wordt het volgende overwogen.

6.

Over een Unierechtelijke rechtsgrondslag voor herziening van de reeds vastgestelde subsidie en terugvordering van reeds betaalde bedragen in het geval van SOMVAO heeft het Hof van Justitie in het arrest van 18 december 2014 voor recht verklaard:

“Artikel 53 ter, lid 2, initio en sub c, van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, zoals gewijzigd bij verordening (EG, Euratom) nr. 1995/2006 van de Raad van 13 december 2006, moet aldus worden uitgelegd dat bij gebreke van rechtsgrondslag naar intern recht deze bepaling een rechtsgrondslag biedt voor een besluit van de nationale autoriteiten tot wijziging, ten nadele van de ontvanger, van het bedrag van een uit het Europees Vluchtelingenfonds verstrekte subsidie, in het kader van het gedeelde beheer onder de Europese Commissie en de lidstaten, en tot terugvordering lastens de ontvanger van een deel van deze subsidie.”

6.1.

Artikel 53 ter, tweede lid, aanhef en onder c, van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, zoals gewijzigd bij Verordening (EG, Euratom) nr. 1995/2006 van de Raad van 13 december 2006 (*PB* 2006 L390; hierna ook: Verordening 1605/2002) bepaalt dat de lidstaten alle nodige wetgevende, regelgevende, administratieve of andere maatregelen nemen ter bescherming van de financiële belangen van de Unie, met name door ten onrechte betaalde, onjuist gebruikte of als gevolg van onregelmatigheden of fouten verloren gegane middelen terug te vorderen. Het begrip "onregelmatigheid" is gedefinieerd in artikel 1, tweede lid, van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van 18 december 1995 van de Raad betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (*PB* 1995 L312; hierna: Verordening 2988/95).

6.2.

In de verwijzingsuitspraak is geoordeeld dat de in het controlerapport geconstateerde schending van de verplichting een deugdelijke projectadministratie te voeren een onregelmatigheid betreft als bedoeld in artikel 1, tweede lid, van Verordening 2988/95.

6.3.

Het voorgaande brengt de Afdeling tot het oordeel dat de staatssecretaris op grond van artikel 53 ter, tweede lid, aanhef en onder c, van Verordening 1605/2002 gehouden was om in verband met de geconstateerde onregelmatigheid over te gaan tot correctie van de subsidie van SOMVAO. Gelet op deze verplichting en in het licht van het oordeel van het Hof van Justitie in het arrest van 13 maart 2008 (gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a., ECLI:EU:C:2008:165; het *ESF*-arrest) was de staatssecretaris, met toepassing van een verordeningsconforme uitleg van artikel 4:49 van de Awb, bevoegd tot herziening van de reeds vastgestelde subsidie en terugvordering van de reeds betaalde bedragen van SOMVAO.

Gezien het onder 6 weergegeven oordeel van het Hof van Justitie heeft de rechtbank niet onderkend dat een grondslag voor herziening en terugvordering van subsidie was gelegen in de vermelde bepaling van Verordening 1605/2002.

7.

SOMVAO betwist het oordeel van de rechtbank dat haar geen beroep op het vertrouwensbeginsel toekomt. Samengevat voert zij aan dat zij erop mocht vertrouwen dat de staatssecretaris met de vaststelling van de subsidie bij besluit van 27 juli 2007 tevens namens de Commissie de subsidiabiliteit van de uitgaven in orde heeft bevonden. Verder heeft de staatssecretaris nagelaten haar informatie en uitleg te geven over voorwaarden voor subsidie uit het EVF, aldus SOMVAO.

7.1.

De Afdeling stelt voorop dat, zoals in de verwijzingsuitspraak is overwogen, anders dan SOMVAO aanvoert, in het besluit tot subsidievaststelling van 27 juli 2007 geen toezegging van de Commissie over de subsidiabiliteit van de uitgaven is opgenomen en dat uit dat besluit evenmin een dergelijke toezegging kan worden afgeleid.

7.2.

Over de toepassing van het vertrouwensbeginsel heeft het Hof van Justitie in het arrest van 18 december 2014 in de punten 50 tot en met 54 het volgende overwogen:

- “(50) Bovendien heeft het Hof reeds gepreciseerd dat bij de terugvordering van ten onrechte betaalde middelen aan het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven (zie in die zin arrest *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, EU:C:2008:165, punt 53).
- (51) Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dus dat een Unieregeling de belanghebbenden in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen (zie arrest *ROM-projecten*, C-158/06, EU:C:2007:370, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- (52) Aangaande het vertrouwensbeginsel heeft het Hof reeds geoordeeld dat een subsidieontvanger zich niet op de bescherming van dat beginsel kan beroepen indien hij niet heeft voldaan aan een van de voorwaarden die waren gesteld voor subsidieverlening (zie in die zin arrest *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, EU:C:2008:165, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- (53) In het hoofdgeding blijkt uit de aan het Hof verstrekte gegevens dat het besluit tot subsidieverlening van 27 april 2006 afhankelijk was van de voorwaarde dat Somvao de regels van beschikking 2006/399 naleefde en met name voldeed aan de verplichting de gegevens vast te leggen en een inzichtelijke en controleerbare projectadministratie te voeren.
- (54) Gelet op een en ander staat het aan de verwijzende rechter om te oordelen of, rekening houdend met het gedrag van zowel de subsidieontvanger als de nationale overheid, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, in hun Unierechtelijke opvatting, zijn geëerbiedigd ten aanzien van de verzoeken tot terugbetaling.”

7.3.

Aan het besluit tot subsidieverlening van 27 april 2006 zijn — als verplichting — voorschriften over het voeren van een inzichtelijke en controleerbare projectadministratie verbonden. Deze voorschriften zijn opgenomen in Uitvoeringskader Europees Vluchtelingenfonds Nederland, Meerjarenprogramma 2005-2007, waarin wordt verwezen naar Beschikking 2006/399/EG van de Commissie van 20 januari 2006 (*PB* 2006 L 162). Anders dan SOMVAO stelt, moet zij derhalve bekend worden geacht met deze voorschriften.

SOMVAO heeft in strijd met de voor haar kenbare verplichting over het voeren van een deugdelijke projectadministratie gehandeld (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 21 juni 2007, zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten, punt 25; ECLI:EU:C:2007:370). In aanmerking genomen de hiervoor, in 7.2 aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie is aldus sprake van een kennelijke schending van de regeling door SOMVAO (zie in dit verband punt 56 van het *ESF*-arrest). Hieraan doet niet af dat de staatssecretaris de subsidie aanvankelijk — voordat de controle in opdracht van de Commissie had plaatsgevonden — overeenkomstig de einddeclaratie van SOMVAO had vastgesteld, aangezien SOMVAO reeds ten tijde van de subsidieverlening bekend was met de voorwaarden over de te voeren administratie.

7.4.

Gelet op het voorgaande kan SOMVAO zich niet met succes beroepen op het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel. De rechtbank is terecht tot dezelfde conclusie gekomen.

8.

SOMVAO betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat, gelet op het dwingende Unierechtelijke kader, geen ruimte bestaat voor de door haar bepleite belangenafweging. Zij voert aan dat de staatssecretaris bij de terugvordering onvoldoende rekening heeft gehouden met haar financiële situatie.

8.1.

De staatssecretaris heeft de aanvankelijke subsidie van SOMVAO van € 199.761 lager vastgesteld op € 11.085,13. Hij heeft het verschil met de reeds betaalde subsidie, zijnde € 188.675,87, teruggevorderd. De staatssecretaris heeft derhalve niet het gehele bedrag van de subsidie teruggevorderd, maar — overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 1, aanhef en onder c, van de bijlage van Beschikking 2006/400/EG van de Commissie 20 januari 2006 (*PB* 2006 L 162) — slechts voor zover de gedeclareerde kosten onvoldoende identificeerbaar zijn bevonden.

8.2.

Het Hof van Justitie heeft in het arrest van 18 december 2014 in de punt 45 het volgende overwogen:

- “(45) Ook de ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke bewoordingen van artikel 53 ter, lid 2, initio en sub c, van verordening nr. 1605/2002 kunnen niet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten over een beoordelingsmarge beschikken bij de beslissing of het opportuun is al dan niet financiële correcties uit te voeren in verband met geconstateerde onregelmatigheden.”

8.3.

Gelet op de aard en ernst van de geconstateerde onregelmatigheid, heeft de staatssecretaris het publieke belang van verantwoording van Unierechtelijke middelen terecht zwaarwegender geacht dan de financiële belangen van SOMVAO. Zie in verband hiermee ook het hiervoor aangehaalde punt 45 van het arrest van 18 december 2014. De rechtbank heeft derhalve terecht geen grond gezien voor het oordeel dat de lagere vaststelling en terugvordering van de in geding zijnde subsidie leidt tot strijd met het evenredigheidsbeginsel.

9.

Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 31 mei 2010 van de staatssecretaris alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt, zoals onder 4 is overwogen, voor vernietiging in aanmerking, nu dit op een onjuiste grondslag is gebaseerd.

9.1.

In 6.3 is overwogen dat de staatssecretaris evenwel op een andere grondslag bevoegd was tot herziening van de reeds vastgestelde subsidie en terugvordering van reeds betaalde bedragen van SOMVAO. In 7 tot en met 8.3 is overwogen dat dit niet leidt tot strijd met het evenredigheidsbeginsel en dat SOMVAO zich niet met succes kan beroepen op het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel. De Afdeling komt daarom tot de conclusie dat de staatssecretaris terecht is overgegaan tot wijziging van het besluit tot subsidievaststelling van 27 juli 2007 in die zin dat de subsidie lager is vastgesteld op € 11.085,13 en het verschil met de reeds betaalde subsidie, zijnde € 188.675,87, is teruggevorderd. Gelet hierop zal de Afdeling bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit van 31 mei 2010 geheel in stand blijven.

10.

De staatssecretaris dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 22 september 2011 in zaak nr. 10/3306;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van de minister van Justitie van 31 mei 2010, kenmerk 5648358/10/04;
- V. bepaalt dat de rechtsgevolgen van dat besluit geheel in stand blijven;
- VI. veroordeelt de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie tot vergoeding van bij de vereniging Somalische Vereniging Amsterdam en Omstreken in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.450 (zegge: tweeduizend vierhonderdvijftig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VII. gelast dat de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de vereniging Somalische Vereniging Amsterdam en Omstreken het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 752 (zegge: zevenhonderdtweënvijftig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Noot

Auteur: J.E. van den Brink en W. den Ouden

1.

Bijna tien jaar nadat (op 27 april 2006) een Europese subsidie uit het Europees Vluchtelingenfonds (EVF) aan de vereniging voor Somalische vluchtelingen in Amsterdam en omstreken (SOMVAO) werd verleend, wordt in bovenstaande uitspraak eindelijk de knoop doorgehakt in een slepend geschil: SOMVAO moet deze subsidie van bijna 2 ton vrijwel helemaal terugbetalen. SOMVAO, een vereniging met 188 leden, heeft in deze 10 jaar al heel wat rechters zich over dit geschil doen buigen. De Rechtbank Amsterdam in beroep, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in hoger beroep, na prejudiciële vragen van de Afdeling ook het Hof van Justitie te Luxemburg, en uiteindelijk wederom de Afdeling na beantwoording van de prejudiciële vragen. Het resultaat blijft voor SOMVAO teleurstellend: er dient conform de gewijzigde beschikking tot subsidievaststelling uit 2009 € 188.675,87 te worden terugbetaald. Voor juristen die geïnteresseerd zijn in de wisselwerking tussen het EU-recht en het Nederlandse bestuursrecht heeft deze zaak echter vooral interessante uitspraken opgeleverd, die allemaal de AB hebben gehaald. Zie voor de uitspraak van de Rechtbank

Amsterdam van 22 september 2011, AB 2012/136, m.nt. J.E. van den Brink, de verwijzingsuitspraak van de Afdeling van 20 november 2013, AB 2014/279, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden en het arrest van het Hof van Justitie van 18 december 2014, AB 2015/225, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden. Bijna een jaar na het verschijnen van het arrest van het Hof volgt half december 2015 eindelijk de einduitspraak van de Afdeling. Er is lang nagedacht aan de Kneuterdijk maar dat is logisch, in de zaak spelen fundamentele vragen en de antwoorden die het Hof daarop geeft zijn niet altijd even duidelijk (geweest).

De einduitspraak die de Afdeling formuleert is genuanceerd. Ten eerste valt op dat de Afdeling de overweging van het Hof van Justitie dat een Unierechtelijke verordening bij gebreke van een rechtsgrondslag naar intern recht een rechtsgrondslag biedt voor een besluit van de nationale autoriteiten tot wijziging ten nadele van de ontvanger van een Europese subsidie niet zomaar overneemt. Hierop gaan wij in punt 3 van deze annotatie dieper in. Daarnaast is de uitspraak opvallend omdat de Afdeling bij de vraag of het Europees vertrouwensbeginsel aan intrekking en terugvordering van de subsidie in de weg kan staan, expliciet aandacht besteedt aan het gedrag van de subsidieverstrekken overheid. Dit punt bespreken wij onder 4, waarna wij afsluiten met een conclusie. De casus heeft weliswaar al drie keer de AB gehaald, maar om u doorklikwerk te besparen geven wij toch eerst een korte uiteenzetting van de feiten onder punt 2.

2.

SOMVAO is een vereniging die zich richt op de integratie van Somaliërs in de Nederlandse samenleving. In 2006 is aan haar een subsidie verleend van € 199.761 uit het EVF. Dit fonds is samen met het Europees Terugkeerfonds, het Europees Integratiefonds en het Europees Buitengrenzenfonds met ingang van 1 januari 2014 opgegaan in het Asiel- en Migratiefonds (zie Verordening nr. 516/2014). Het EVF werd net als dit nieuwe fonds uitgevoerd in gedeeld beheer met de lidstaten. Dit betekent kort gezegd dat de Europese Commissie een geldbedrag toekent aan de lidstaten op basis van door hen ingediende programma's. Nationale autoriteiten selecteren vervolgens projecten die binnen deze programma's passen en verstrekken Europese subsidies aan de zogenaamde eindontvangers, de uitvoerders van deze projecten, zoals SOMVAO. In Nederland wordt hiervoor het subsidierecht van de Awb gebruikt. Dat is een logisch gevolg van het feit dat het Unierecht zelf geen specifieke regels geeft over de uitvoering van dit subsidieprogramma door de nationale autoriteiten. Op grond van het Unierechtelijk beginsel van loyale samenwerking zijn nationale autoriteiten in dat geval gehouden om hun nationale recht toe te passen; daarbij mogen zij in beginsel zelf bepalen welk nationaal recht dat is (procedurele autonomie). Nu Europese subsidies die door Nederlandse bestuursorganen worden verstrekt voldoen aan de subsidie-definitie van art. 4:21 Awb is de subsidietitel van de Awb daarop automatisch van toepassing.

De onderhavige subsidie werd aan SOMVAO verstrekt kortgezegd ter bevordering van de integratie en participatie van Ethiopiërs en Somaliërs in de Nederlandse samenleving. In 2007 werd de subsidie overeenkomstig het besluit tot subsidieverlening vastgesteld. Project geslaagd zou men denken. Toen het accountantskantoor Moore Stephens in 2009 in opdracht van de Europese Commissie een controle naar de rechtmatigheid van de bestedingen van de EVF-subsidie uitvoerde, bleek dat echter twijfelachtig. Een inzichtelijke en aanvaardbare onderbouwing van een groot gedeelte van de door SOMVAO opgevoerde projectkosten en declaraties ontbrak. Conclusie was dat er voor een bedrag van € 188.675,87 ten onrechte subsidie was verstrekt. Daarom besloot de staatssecretaris van Justitie het besluit tot subsidievestiging te wijzigen, de subsidie vast te stellen op € 11.085,13 en een bedrag van € 188.675,87 terug te vorderen.

SOMVAO dreigde failliet te gaan en stelde bezwaar en beroep in. Hoewel de rechtbank Amsterdam oordeelde dat de subsidietitel van de Awb geen grondslag bood voor de onderhavige wijziging en terugvordering, leidde dit niet tot een voor SOMVAO gunstig resultaat. De rechtbank betrok namelijk het *ESF*-arrest (HvJ 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 - C-385/06, AB 2008/207, m.nt. W. den Ouden) bij haar oordeel en kwam tot de conclusie dat de staatssecretaris verplicht en daarom ook bevoegd was het oorspronkelijke besluit tot subsidievestiging te wijzigen. Op grond van hetzelfde arrest werd een beroep op het vertrouwensbeginsel verworpen. In hoger beroep bij de Afdeling en — na het stellen van prejudiciële vragen door de Afdeling — in deze einduitspraak draaide het steeds om de volgende twee vragen: 1 in hoeverre kan in dit geval aan het Unierecht een bevoegdheid tot wijziging van de subsidievestiging ten nadele van SOMVAO en terugvordering worden ontleend, nu het Nederlandse recht niet in een dergelijke bevoegdheid voorziet; 2 en in hoeverre staat het vertrouwensbeginsel aan wijziging van de subsidievestiging ten nadele van SOMVAO en een daarop volgend terugvorderingsbesluit in de weg?

3.

De eerste vraag draait dus om een legaliteitskwestie. Het is niet de eerste keer dat deze vraag in relatie tot de intrekking en terugvordering van EU-subsidies aan de orde is. In het al genoemde *ESF*-arrest, waarin het draaide om Europese subsidies uit het Europees Sociaal Fonds, oordeelde het Hof van Justitie na prejudiciële vragen van de Afdeling reeds dat op grond van een terugvorderingsverplichting die is neergelegd in een Unierechtelijke verordening en is gericht tot de lidstaat, *lidstaten* verplicht zijn tot terugvordering van EU-subsidies waarmee zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, 'zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is'. In het arrest *Chambre de Commerce* verduidelijkte het Hof van Justitie dit nogal cryptische antwoord met de overweging dat een zodanige terugvorderingsverplichting een rechtsgrondslag vormt voor de terugvordering door de *nationale autoriteiten* bij de begunstigde van een Europese subsidie,

zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is (zie HvJ EU 21 december 2011, AB 2013/86, m.nt. J.E. van den Brink).

In de zaak SOMVAO was het probleem dat de terugvorderingsverplichting, anders dan in het *ESF*-arrest en het arrest *Chambre de Commerce*, volgens de staatssecretaris van Justitie was neergelegd in een Europese *beschikking* gericht tot de lidstaten (in termen van het Verdrag van Lissabon gaat het om een besluit; zie art. 288 VWEU); deze volgde dus niet uit een Unierechtelijke verordening. In onze annotaties bij de verwijzingsuitspraak van de Afdeling en het arrest van het Hof van Justitie hebben wij uitgebreid besproken dat het daarom verre van vanzelfsprekend is om de arresten inzake *ESF* en *Chambre de Commerce* zomaar toe te passen op de SOMVAO-casus. Dat deed het Hof dan ook niet, het ontweek de vraag rond de rechtswerking van beschikkingen door simpelweg te overwegen dat art. 53 ter lid 2 initio en sub c, van het zogenoemde Financieel Reglement (Verordening nr. 1605/2002), bij gebreke van rechtsgrondslag naar intern recht, een rechtsgrondslag biedt voor een besluit van de nationale autoriteiten tot wijziging, ten nadele van de ontvanger, van het besluit tot subsidievaststelling en tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen.

De Afdeling had in de verwijzingsuitspraak van 20 november 2013 zelf deze bepaling aan het Hof van Justitie als grondslag gesuggereerd. De bepaling bevat de zeer algemene verplichting voor de lidstaten om bij gedeeld beheer ervoor te zorgen dat de Uniegelden rechtmatig worden gebruikt en dat de financiële belangen van de Unie worden beschermd door bij onregelmatigheden of fouten die middelen terug te vorderen. Het Hof accepteerde deze voorzet dankbaar en creëerde zo een zeer breed toepasbare handhavingsbevoegdheid voor nationale autoriteiten in Europese (subsidie)zaken. Zo is een vangnet ontstaan voor gevallen waarin onregelmatigheden met Europese subsidies worden geconstateerd maar noch specifieke EU-regelingen noch het nationaal recht een bevoegdheid tot intrekking en terugvordering van EU-subsidies scheppen. Overigens is de Verordening nr. 1605/2002 inmiddels ingetrokken en geldt vanaf 1 januari 2014 het nieuwe Financieel Reglement, Verordening nr. 966/2012. Dit nieuwe Financieel Reglement bevat een soortgelijke terugvorderingsverplichting voor de lidstaten (zie art. 59, lid 2) en wordt al gebruikt als bevoegdheidsgrondslag voor wijziging en terugvordering van Europese subsidies, zo blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland (ECLI:NL:RBNNE:2015:6072). In het arrest SOMVAO zet het Hof van Justitie de in het arrest *Chambre de Commerce* ingezette lijn wat betreft de vraag in hoeverre nationale autoriteiten bevoegdheden kunnen ontleenen aan een Unierechtelijke verordening dus door. Er is wel sprake van een nuancering: het Hof van Justitie overweegt expliciet dat de algemene bevoegdheidsgrondslag in het Unierecht alleen geldt wanneer een rechtsgrondslag naar nationaal recht ontbreekt. Zo worden kool (het nationale legaliteitsbeginsel) en geit (de bescherming van de financiële belangen van de EU) zoveel mogelijk gespaard.

In onze annotatie bij het SOMVAO-arrest schreven wij een update te verwachten van de formulering die de Afdeling bestuursrechtspraak gebruikt in dit soort gevallen. In de einduitspraken naar aanleiding van het *ESF*-arrest (zie onder meer ABRvS 24 december 2008, AB 2009/96, m.nt. W. den Ouden) kon de Afdeling (gelet op de cryptische formuleringen van het Hof) nog met goed fatsoen overwegen dat een Unierechtelijke handhavingsverplichting slechts leidt tot een bevoegdheid tot terugvordering van *de lidstaat* Nederland. Op grond van het nationale recht moest vervolgens worden bepaald welk bestuursorgaan concreet bevoegd is. Nu het Hof in de arresten *Chambre de Commerce* en SOMVAO verder ging en overwoog dat een Unierechtelijke verplichting tot terugvordering een rechtsgrondslag biedt voor besluiten van nationale autoriteiten, lijkt deze u-bocht nu overbodig. Nationale bestuursorganen kunnen — wanneer de nodige nationale bevoegdheden ontbreken — rechtstreeks besluiten nemen op grond van verplichtingen die tot de lidstaten zijn gericht. De Afdeling kiest in deze einduitspraak inderdaad een andere formulering op dit punt, maar gaat toch niet zover dat zij volstaat met het aanwijzen van art. 53 ter lid 2 aanhef en onder c Verordening nr. 1605/2002 als grondslag voor een wijzigings- en terugvorderingsbevoegdheid van de staatssecretaris. In r.o. 6.3 overweegt de Afdeling namelijk dat de staatssecretaris op grond van voormelde bepaling *gehouden was* (cursief JEvdB en WdO) om in verband met de geconstateerde onregelmatigheid over te gaan tot correctie van de subsidie van SOMVAO. Een verplichting is echter nog geen bevoegdheid. De Afdeling overweegt vervolgens dat, gelet op deze verplichting en in het licht van het oordeel van het Hof van Justitie in het *ESF*-arrest, de staatssecretaris, met toepassing van een verordeningsconforme uitleg van art. 4:49 Awb, bevoegd was tot herziening van de reeds vastgestelde subsidie en terugvordering van de reeds betaalde bedragen van SOMVAO. De Afdeling kneedt het antwoord van het Hof van Justitie in het SOMVAO-arrest in een zodanige vorm dat het past binnen de uitleg van ons nationaal legaliteitsbeginsel en dat lijkt ons een goede zaak. Fraai is het geheel evenwel nog steeds niet. De verordeningsconforme uitleg van art. 4:49 Awb is immers tegen contra-legem aan. De Afdeling oordeelde namelijk zowel in het *ESF*-zaak als in de SOMVAO-verwijzingsuitspraak dat intrekking van de subsidievaststelling op grond van art. 4:49 Awb niet mogelijk was (zie respectievelijk ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007/240, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden onder AB 2007/241, r.o. 2.10.4 en 2.10.5 en ABRvS 20 november 2013, AB 2014/279, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden, r.o. 6.1 en 6.1.1). Ook de uitspraak van de CRvB van 21 september 2016 die hierna in deze AB is opgenomen illustreert prachtig dat een vergelijkbare uitleg van art. 4:49 van de Awb in een puur nationaal subsidiegeschil dat zeer vergelijkbaar is met de SOMVAO-casus geen stand houdt (zie AB 2016/379). Wij hopen daarom dat er nu eindelijk haast wordt gemaakt met een wet in formele zin die intrekking en terugvordering van EU-subsidies mogelijk maakt conform de Unierechtelijke verplichtingen op dat vlak, zoals de wetgever dat ook tracht te regelen voor gevallen waarin er staatssteun moet worden teruggevorderd (Wetsvoorstel terugvordering staatssteun). Zo kan een

einde komen aan de juridische bochten waarin het Hof van Justitie en de Afdeling zich moeten wringen om kool en geit te sparen in Nederlandse terugvorderingszaken.

4.

In de SOMVAO-zaak speelt ook de vraag in hoeverre het vertrouwensbeginsel aan het gewijzigde vaststellings- en terugvorderingsbesluit in de weg kan staan. De Afdeling had daarover geen prejudiciële vraag gesteld, maar kennelijk vond het Hof het toch nodig om hierover iets op te merken. Verrassend genoeg verwijst het daarbij niet naar het arrest *Agroferm*, het arrest waarnaar Nederlandse bestuursrechters sinds 2013 min of meer standaard verwijzen (HvJ EU 20 juni 2013, AB 2014/270, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden). In plaats daarvan wijst het Hof op het oudere *ESF*-arrest. In onze noot bij het SOMVAO-arrest hebben wij reeds aangegeven dat de uitleg die het Hof daarin gaf aan het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel iets soepeler lijkt dan de uitleg in het recentere arrest *Agroferm*. Het Hof liet in het *ESF*-arrest namelijk ruimte voor de nationale rechter om het gedrag van de nationale overheid mee te wegen bij de beoordeling of het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, in hun Unierechtelijke opvatting, zijn geëerbiedigd bij de intrekking en terugvordering. In het arrest *Agroferm* daarentegen overweegt het Hof dat ‘het vertrouwensbeginsel niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling kan worden aangevoerd, en dat een daarmee strijdige gedraging van een met de toepassing van het Unierecht belaste nationale autoriteit bij een marktdeelnemer geen gewettigd vertrouwen op een met het Unierecht strijdige behandeling kan wekken’ (r.o. 52).

Gelet op deze overwegingen van het Hof is het terecht dat de Afdeling in deze einduitspraak, anders dan in de verwijzingsuitspraak niet volstaat met een verwijzing naar het arrest *Agroferm* bij de beoordeling van het beroep op het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel. In plaats daarvan stelt de Afdeling (in r.o. 7.3) voorop dat SOMVAO bekend moet worden geacht met de voorschriften over het voeren van een inzichtelijke en controleerbare projectadministratie. Voorts stelt zij vast dat SOMVAO in strijd heeft gehandeld met de voor haar kenbare verplichting tot het voeren van een deugdelijke projectadministratie. Daarom is sprake van een kennelijke schending van de regeling door SOMVAO, aldus de Afdeling, om daar direct aan toe te voegen dat daaraan niet afdoet dat de staatssecretaris de subsidie aanvankelijk — voordat de controle in opdracht van de Commissie had plaatsgevonden — overeenkomstig de einddeclaratie van SOMVAO had vastgesteld. Hoewel het SOMVAO in casu niets oplevert, kan dit voor andere subsidieontvangers in de toekomst belangrijk zijn. Fouten van de subsidieontvanger die in belangrijke mate zijn te wijten aan de verstrekker van de EU-subsidie (zoals bijv. speelden in ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1146 (*Oliver*)), zullen, zo hopen wij, dan niet meer per definitie voor rekening en risico van de subsidieontvanger blijven.

5.

Samenvattend is de einduitspraak naar aanleiding van het SOMVAO-arrest een belangrijke uitspraak over de vraag in hoeverre Nederlandse bestuursorganen op grond van het Nederlands legaliteitsbeginsel bevoegdheden kunnen ontleen aan verplichtingen voor de lidstaten die zijn neergelegd in Unierechtelijke verordeningen. De Afdeling formuleert haar antwoord op die vraag anders dan het Hof van Justitie. Zij ziet in Unierechtelijke terugvorderingsverplichtingen in de eerste plaats *verplichtingen* voor Nederlandse bestuursorganen. Voor het creëren van bevoegdheden is daarnaast een verordeningsconforme uitleg van het nationale recht noodzakelijk; zo blijft de eis van een dubbele bevoegdheidsgrondslag overeind staan. Daarnaast lijkt de Afdeling genuanceerder dan voorheen in haar beoordeling van het beroep op het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel. Hoewel dat SOMVAO in casu niets helpt heeft deze nuancering mogelijk wel tot gevolg dat fouten van verstrekkers van EU-subsidies niet automatisch ten laste zullen komen van subsidieontvangers, een terechte zaak!